

線香護摩による加持祈祷の行と信教の自由の限界

著者	鎮西 恒也
雑誌名	東洋法学
巻	8
号	2
ページ	148-154
発行年	1964-11
URL	http://id.nii.ac.jp/1060/00007877/

判例研究

東洋大学判例研究会

公法判例研究

八 線香護摩による加持祈祷の行と信教の自由の限界

(最高裁判所昭和三十六年(あ)四八五号、昭和三八年五月一日大法院判決 上告棄却)

【事実】本件事案は、昭和三十三年一〇月初め、宗教教師甲女が、被害者乙女の精神異常平愈を祈願するため、線香護摩による祈祷の行として護摩台のそばに被害者を坐らせたうえ多量の線香をいぶし熱気のため暴れ出した被害者を取りおさえ喉咽部を火にあぶらせるなどして、前頭部外全身多数個所に熱傷、皮下出血などを負せた結果、急性心臓麻痺をおこし、遂に被害者を死亡させたというものである。第一審(大阪地裁第四刑事部昭和三五年五月七日判決)、第二審(大阪高裁第四刑事部昭和三五年一月二二日判決)はともに傷害致死罪の成立を認めたが、これに対して被告人は次の点を主張して最高裁に上告した。

原判決は憲法二〇条の信教の自由に違反する。

被告人の行為は、実質的に正当行為の業務行為として違法性を欠くから、原判決は刑法三五条の規定に違反する。

最高裁大法廷は、全員一致でこれを棄却した。

【判旨】 本判決は、上告趣意における憲法違反の主張に対しては、次のように判示している。「憲法二〇条の信教の自由は、基本的人権の一つとして極めて重要なものである。しかし国民はこれを公共の福祉のために利用する責任があるのであって、このことは、憲法一二条の定めるところである。また、一三条は、基本的人権は、公共の福祉に反しない限り立法その他の国政の上で最大の尊重を必要とする旨を定めており、これは所論のような教訓的規定とうべきではなく、したがって、信教の自由の保障も絶対無制限のものではない。

これを本件についてみるに、被告人の行為が所論のように一種の宗教行為としてなされたものであってもそれが他人の生命、身体に危害を及ぼす違法な有形力の行使に当るものである以上、被告人の右行為が著しく反社会的な行為のものであることは否定し得ないところであって、憲法二〇条一項の信教の自由の保障を逸脱したものという外なく、これを刑法二〇五条に該当するものとして処罰したことは、何んらの右条項に反するものではない。」

なお、本判決は、「本件の具体的事案における被告人の行為は、刑法三五条の正当な業務行為にあたらない」、とした原判決の判示についてもこれを正当としている。

【研究】 被告人の行為が違法な有形力の行使に当るものであり、これを傷害致死罪とみることは異論のないことと思われる。一般に治療行為 (Heilbehandlung) が、刑法三五条後段にいわゆる正当行為として違法性を阻却されるが本件でとられた被告人の所為は、その方法、手段に照して治療行為として許容されるものではなく違法性は阻却されない (木村・刑法総論・二八九頁、札幌地裁昭和三六年三月七日刑一部判決・判例時報二六一号・三四頁、総合判例研究叢書・福田・刑法四八六頁、千葉・法律のひろば二二頁参照)。ただ本件被告が、加持祈祷によって病気が平癒すると信じていたとすれば、「違法性を意識する」ことなき場合ならざるや、また、違法性阻却事由について錯誤があったのではないか、の点が問題となるであろう。前者については、違法の認識は故意の要件ではないとするもの (牧野・重訂日本刑法上巻一八二頁、泉二・刑法大要一六四頁、綜合判例研究叢書刑法四・福田・八六頁)、故意には違法性の意識を必要なりとする学説 (植松・刑法概論二一六頁、小野・刑法講義一六四頁、なお齊藤・刑法総論一四〇頁参照)、たとい、何れをとるにしても本件においては故意は認むべきであろう。

また、後者に関しても「正当行為」に当たらないのに正当行為であると信じて該行為をなしたとすれば消極的錯誤で

あつて、所謂、誤想防衛などと同じく違法の事実に関する錯誤があることになるであらうか。ところで誤想防衛には、これを故意を阻却する事実性に関する錯誤とする説、それを違法性に関する錯誤と見て、故意を阻却することなしとする説の二つがある。しかし、本件に関しては、右、誤想防衛に関する通説たる前説と同視する訳には行かない。後説の立場に立つのが妥当と思われる。かくして、本件事案においては、責任ないし故意は肯定さるべきであらう（牧野・重訂日本刑法上巻三二二頁、千葉・法律のひろば三三一頁同旨。なお齊藤・刑法総論一二二頁及び綜合判例研究叢書・福田・刑法四八六頁以下参照）。

以上からみて、本件被告の行為を傷害致死罪とみることは異論がなく、判示の方法も妥当であると思われる。

さて、次に、本件被告を傷害致死罪として処罰することは、憲法二〇条一項の信教の自由に反しないかの問題である。結論的に云つて、本件の如き、違法な有形力の行使をもって人を死亡させるに至ったことについて、刑事上の責任を問うことは当然のことであり、何ら信教の自由に反するものではない。この点に関しては、判示の結論は正当なものと思われる。しかし、判示の方法についてはどうであらうか。

大体、信教の自由は、その内容として信仰の自由——内心の自由——、宗教上の行為の自由、宗教上の結社の自由、を含む。しかし、宗教上の行為の自由とは礼拝、祈祷、その他宗教上の祝典・儀式・行事を云い、各人はそれに参加することも、また、任意にかかる行為をなすことも自由である（清宮編・憲法講座・田上・信教の自由一三〇頁）。

ところで、本件判示においてはただ概括的、一義的に信教の自由を憲法の条文二〇条を掲げて説明するにとどまり、本件が具体的に信教の自由の中、何に関する自由であるかははっきりと説明されていない（所論中一種の宗教行為

といふ、としてなされたとしても……の個所に僅かに其の趣旨を、見するにとゞまる。就中本件は、この宗教上の行為の自由にかかわるものであると思われる。しかして、この場合、信教の自由とその制限条項（これについて詳しくは後述）との関連は、つまるところ該行為の自由との問題となる（勿論、こう説明し來るときは、内心の自由を含む外的行為の扱い方において原則を常に内心の自由におき、これを事実上制限するに至るような制限——屢々判例上見うけられるような——は強くこれを排斥しなければならない。尤も本件具体的事案は、刑法自然犯の外的行為そのものに關するものであり、しかも前述の如く簡単に割切った判示の仕方をとっていることから、説明の上からも問題のおこる余地はない）。

さて、刑事上の責任を問うに當つて、それと信教の自由との関連をどう説明すべきであらうか。

先づ本件判決の示すところを見るに、所論冒頭、「公共の福祉に反しない限り……と」述べそこでは憲法一三条を掲げ、また、「基本的人権は……常に公共の福祉のためにこれを利用……と」一二条を引用、説示している。この点からすれば本判決は、確かに基本的人権と公共の福祉に關する従來からの判例を踏襲したものとも思われる。ところが、一方所論中「……右行為が著しく反社会的なもので……憲法二〇条一項の信教の自由の保障の限界を逸脱したものの……」との表現がある。

この点から思考するに、「信教の自由の保障は絶対的であつていかなる形をもつても制限することは許されない。……国権の介入を許さない。法律をもつても制限することは出来ない。」「……しかしそのことは、宗教に名をかりて社会に害毒を流すことを容認することを意味するものではない。妄に吉凶禍福を説き、……病者に対して祈祷符呪、……によって医療の妨げをなす者などについては、これを取締ることはこの憲法の下では許されると解すべ

きであろう。しかしこのことは治安の維持、公衆衛生等の別の見地からなされるものであって、本条にいう信教の自由とは別個の問題であり、これを信教の自由の制限であると解すべきではない。……」（註解日本国憲法上巻(2)四一四頁）となり、即ち、刑法にふれる行為を処罰することは理の当然であって、それは信教の自由とは無関係なのだという立場である。これは、英米法において判例法上行われている「ある一定の行為は、はじめからその自由権の外にあるものという」考え方を日本国憲法の解釈に適用したものと思われる。（連邦最高裁一九四一判決、河原・言論・出版の自由二八頁以下。綜合判例研究・長谷川・憲法(3)七八頁。山本・言論の自由(一)国家学会雑誌七二卷一一号）。

しかし、この際一考を要することは、吾が国では、判例法の国とはちがひ憲法を最高法規としておりるのであり自然犯を定めてある刑法と雖も憲法にその根拠を求むべきであり、該自由権の一切の制限は、もともと憲法の規定するところとは全々無関係であると極論する訳には行くまいということである。（綜合判例研究叢書・長谷川・憲法(3)七八頁同旨）だが勿論、この説は、自由権の制限条項―公共の福祉―の内容云々を考えるに当って特に傾聴に値するものである。

さて、以上の外、刑法と基本的人権との関連に関する――刑法と公共の福祉――考え方を通観するに次の二つがある。一つは、刑法にふれる行為が犯罪として処罰されるのは、それが他人の人権を侵害するからであって、信教の自由と雖も他人の人権との関連においては制限を受けることになるとする。それが、古典市民法としての刑法にふさわしい考え方であるとする。判例が、往々他人の人権侵害を公共の福祉という言葉で表現するが、それは、超個人的なものではなく飽くまでも実質的に他人の人権との関連において思考されるべきものである。（綜合判例研究叢書・長谷川・憲法(3)一〇三―一〇四頁）。そこでいう公共の福祉は、個人対個人の部分社会の利益、所謂人類的法益の意である（綜合判

次は、刑法にふれる行為が犯罪として処罰されるのは、それが公共の福祉に反するからであり、それは信教の自由についての公共の福祉による制限である。しかして、現行の諸種の自由権を規定する法令の中にこそ、これらの自由権を調整する基準である憲法一二条の公共の福祉という理念が具体的に現われているものと思ふされる。即ち、ここでは自然犯等を規定する刑法の各条規の内容が公共の福祉となる（関・思想言論の自由とその限界八一二頁以下）。

如上所説と本判決冒頭所論の公共の福祉云々とを勘考するに本件判決はまた右の第二説の立場によるものとも考えられるのである。

つまり、本件判決の説明の仕方から観ずれば処罰は信教の自由とは無関係であるとする立場と、この右第二説所論の何れの立場に立っているのかは判然としない。したがって、本判決においては、公共の福祉と刑法との関係はどうあるのかについては勿論のこと、公共の福祉の内容についても何らふれることがなく極めて明確性を欠く。

思うに、人権の侵害につき、事実認定の態度としては、これを他人の人権との関連において考究すべきことは論をまたない。

しかして、私の立場は、形式的、説明的には右第二説と変るところはないが、同説が公共の福祉をもって自由権に超越的、外在的な、人権の対立物と見做すとするならばこれは認める訳には行かない（殆どの判例がこの立場周辺にあり得る。）。

しかし、このケースの場合、公共の福祉の内実をなすものは刑法の各条規であり、実質的にはそれが人権制限の基準となる。そして、信教の自由に関するこの種の制限は、すべての人権そのものの本質に内在する当然の制約であるとともに、それは自由の行使に向けられるものであると解せられる。そして、この場合私としては、意識的には、前述「処罰することは信教の自由とは無関係である」とする説に近い。

尤もこのような公共の福祉論は、本件の如き自然犯を問題とする事案においては、大した実益を伴うものではないと思われる。しかし、基本的人権にかかわる重大な問題を扱う限り安易な態度は厳に慎むべきであろう。

一度、立法的に憲法の解釈が示されると、裁判官の法意識は前例を重んずること極めて厚く、必ずしも憲法にそれだけの敬意を払わない（長谷川・憲法判例の研究一九一頁・一九三頁参照）。殊に上告趣意にあらわれる憲法論は極めて素朴な人権の絶対性を強調するものが多く（本件においても然り）、人権の行使を保障することだけが公共の福祉であるとする。このような事実に鑑みても、そして本件に関する如く、それがたとへ刑法上の自然犯にかかわるものとはいえ、裁判所は、もつときめの細い、説得力のある理論を提示すべきではなからうか。

もとより本具体的事案における判決の結論は異論の余地なく、それ自体としては大して問題性に富むものではないが、信教の自由に関する最初の判例であることから注目されて然るべきであると思われる。